

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

L'accès aux documents administratifs dans un environnement dématérialisé

De Roy, David

Published in:

L'accès aux documents administratifs

Publication date:

2008

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

De Roy, D 2008, L'accès aux documents administratifs dans un environnement dématérialisé. Dans *L'accès aux documents administratifs*. Centre d'études constitutionnelles et administratives, Numéro 30, Bruylant, Bruxelles, p. 829-851.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

L'ACCÈS AUX DOCUMENTS ADMINISTRATIFS DANS UN ENVIRONNEMENT DÉMATÉRIALISÉ

PAR

David DE ROY

RÉFÉRENDIAIRE PRÈS LA COUR DE CASSATION,
CHERCHEUR AU CENTRE DE RECHERCHE INFORMATIQUE ET DROIT
(FACULTÉS UNIVERSITAIRES NOTRE-DAME DE LA PAIX-NAMUR)

Même s'ils procèdent de deux sources d'inspiration différentes, les mouvements en lesquels se traduisent l'évolution vers une administration plus transparente (1), d'une part, et l'avènement des nouvelles technologies de l'information et de la communication (NTIC) (2), d'autre part, gagnent naturellement à être observés en leurs multiples points de convergence (3), dont l'un des principaux est représenté par l'application des législations relatives au droit d'accès aux documents administratifs, dans l'environnement dématérialisé auquel accèdent désormais les interlocuteurs de l'administration électronique».

Ce point de convergence suscite la curiosité à un double titre : avant tout, il permet d'examiner comment des législa-

(1) Le passage de l'administration silencieuse et secrète vers une administration qui pratique la communication et la transparence (R. ANDRESEN, «Conclusions de la journée d'études sur les communes et la transparence administrative», *Rev. Dr. comm.*, 1999, p. 127) apparaît comme l'une des manifestations les plus significatives de l'évolution des rapports entre l'administration et ses interlocuteurs au cours des dernières années.

(2) L'irruption de ces nouvelles technologies dans les sphères administratives est, avant tout, présentée comme la garantie d'une administration plus efficace, tant en son fonctionnement interne (*back office*) que dans ses relations avec ses interlocuteurs (*front office*).

(3) E. MALABET, «Droit, administrations publiques et NTIC : vers la restructuration de l'espace public. Les instruments pour la construction d'une démocratie dialogique», in *Études en l'honneur de Gérard Timsit*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 413 ; D. DE ROY, C. DE TERWAGNE et Y. POULLIER, «La Convention européenne des droits de l'homme en filigrane de l'administration électronique», *C.D.P.K.*, 2007, pp. 308 et 313-314.

tions conçues à l'origine hors du contexte de l'e-Government peuvent être appliquées dans celui-ci, lorsqu'il s'agit d'identifier les conditions et modalités d'accès à des documents électroniques détenus par l'administration, ainsi que la possibilité, pour le demandeur d'accès, d'échanger avec cette administration par des moyens de communication électroniques. Ensuite, la problématique du droit d'accès aux documents administratifs dans un environnement dématérialisé offre une illustration intéressante de ce que, si elle revêt d'importants aspects juridiques (4), l'évolution vers l'administration électronique impose aux autorités administratives une réflexion sur les « bonnes pratiques » qu'elles doivent promouvoir et sans lesquelles les avantages généralement attendus de l'e-Government pourraient fort bien ne rester que lettre morte. C'est à ces deux ordres de considérations, juridiques et pratiques, que seront successivement consacrées les deux parties de cette contribution.

Il y a lieu de relever que, si les quelques pages qui suivent rendent compte d'une intervention dans le cadre d'un débat consacré à l'accès aux documents administratifs détenus par les pouvoirs locaux, les questions qui y sont abordées peuvent aisément l'être *mutatis mutandis* pour de nombreuses autres autorités administratives auxquelles s'imposent des obligations légales en matière de publicité. La circonstance que soient privilégiées des références aux textes légaux concernant les pouvoirs locaux (particulièrement en Région wallonne) ou que soient évoqués certains exemples qui concernent plus particulièrement ces mêmes instances n'altère pas la généralité des approches que nous proposons.

(4) Inhérents à la « légalité », en tant que système dans lequel s'inscrit l'action administrative.

I. - L'APPLICATION DES LÉGISLATIONS RELATIVES AU DROIT D'ACCÈS DANS LE CADRE DE L'ADMINISTRATION ÉLECTRONIQUE

A. - Le document administratif « électronique »

Il est généralement admis que la notion de « document administratif », qui contribue à déterminer le champ d'application des différentes législations relatives à la publicité de l'administration, recouvre notamment les documents électroniques.

Dès avant même l'adoption des premières législations organiques, cette acception large du document administratif a été défendue, faisant reposer des documents auxquels un droit d'accès est reconnu, les logiciels et fichiers informatiques.

Sur le plan légal, parmi les différentes législations organiques concernées, les termes de l'article L2211-3, 2°, du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation ne laissent aucun doute à ce propos, s'agissant des autorités communales et provinciales : le document administratif y est défini comme « toute information, sous quelque forme que ce soit (5), dont une autorité administrative dispose ».

Enfin, l'intégration des documents électroniques dans la sphère du droit d'accès a, sans surprise, bénéficié d'une reconnaissance jurisprudentielle, qu'illustre l'arrêt n° 95.677, rendu le 21 mai 2001 par le Conseil d'Etat : la haute juridiction administrative y annule une décision du ministre de l'Intérieur refusant l'accès d'une personne aux documents administratifs relatifs au vote automatisé, parmi lesquels figuraient les logiciels assurant la dématérialisation des différentes opérations électorales. De façon schématisée, on rappellera que cette décision de refus était principalement motivée par une mise en balance entre l'intérêt de l'administré à l'accès aux documents administratifs, d'une part, et la protection d'autres intérêts au nom desquels cet accès peut être refusé (6), d'autre part. Pour décider que le moyen d'annulation est fondé et doit ainsi con-

(5) C'est nous qui soulignons.

(6) En vertu de l'art. 6 de la loi du 11 avril 1994 relative à la publicité de l'administration.

duire à la censure de la décision contestée, le Conseil d'Etat remet en cause les conclusions de cette mise en balance, prenant appui notamment sur la législation relative à la publicité de l'administration. Ce faisant, le juge administratif admet l'applicabilité de cette législation à des logiciens de vote automatisés, auxquels il reconnaît ainsi la qualification (légitime) de «document administratif».

B. - L'information dont une autorité administrative dispose

1. Généralités

En définissant le document d'une autorité administrative communale ou provinciale (7), ou d'une intercommunale (8), comme étant toute information dont cette autorité dispose, le législateur a manifestement voulu donner au champ d'application *ratione materiae* des législations relatives au droit d'accès une étendue plus importante que s'il s'était agi de le limiter par référence aux seuls actes susceptibles de faire l'objet de recours administratifs ou juridictionnels (9).

Que faut-il cependant entendre par un document dont une autorité dispose ? La lecture des articles L3231-2 et L1561-5 du Code suggère qu'il s'agit d'un document en possession duquel se trouve l'autorité concernée. Si cette interprétation ne paraît pas de nature à susciter quelque difficulté, elle gagne néanmoins à être confrontée à certaines situations susceptibles d'être rencontrées en environnement dématérialisé. L'exemple d'une correspondance privée, échangée entre un agent de l'administration et un interlocuteur tiers, illustrera notre propos.

(7) Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation, art. L3211-3.

(8) Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation, art. L1561-1.

(9) Ou aux actes pris par l'autorité à laquelle la demande est adressée, sans qu'ils soient, pour autant susceptibles de faire l'objet de recours; tel serait, par exemple, le cas d'actes «préparatoires» ou de décisions «matérielles» ponctuant certaines procédures.

2. L'accès à une correspondance privée adressée à un agent de l'administration (10)

Le courrier adressé par un tiers à l'adresse professionnelle d'un agent d'administration, relativement à un objet étranger à l'action ou au fonctionnement de cette administration constitue-t-il un document administratif au sens des articles L3211-3, 2°, et L561-1, 1°, du Code (11) ?

Dans un environnement traditionnel (12), un tel courrier, qui ne ferait pas l'objet d'un enregistrement lors de sa réception (13), et ne serait donc pas laissé à la disposition de l'autorité administrative, échapperait plus que probablement à la qualification de «document administratif».

En revanche, un «courriel» adressé à un agent et conservé sur le serveur de messagerie électronique de l'administration devrait être considéré comme laissé à la disposition de celle-ci et être qualifié de document administratif. Cet exemple est révélateur de l'incidence que peut avoir, au regard de la législation relative au droit d'accès, le choix d'un mode de communication sur le sort du document concerné; il incite à se demander si la qualification de «document administratif» si la qualification de «document administratif» qui s'impose en l'espèce conduira à admettre que quiconque puisse accéder à un tel document, et ce, nonobstant le fait que celui-ci est étranger à l'administration et à son fonctionnement.

(10) Suivant certaines conceptions, un document totalement étranger au fonctionnement ou aux missions de l'administration serait naturellement exclu du champ d'application des législations relatives au droit d'accès (voy., pour les pouvoirs locaux, M.-A. DELVAUX, «La loi du 13 novembre 1997 et la publicité de l'administration dans les communes», *Rev. Dr. Comm.*, 1999, p. 23); le sort d'une correspondance privée ne devrait donc pas retenir notre attention en l'espèce. La circonstance que cette correspondance est conservée sur le serveur de messagerie électronique de l'administration nous a toutefois incité, à tout le moins pour les besoins de l'approche suggérée dans le cadre de cette contribution, à considérer qu'il s'agit bien d'un document détenu par l'administration et, partant, susceptible d'être soumis au droit d'accès.

(11) La question de la licéité de l'usage non-professionnel des moyens informatiques mis par une administration à la disposition de ses agents n'est pas abordée dans le cadre de cette contribution. S'agissant des communes et c.p.a.s., voy. UNION DES VILLES ET COMMUNES DE WALLONIE, *Directives relatives à l'utilisation des moyens de communication électroniques en réseau au sein de la commune ou du c.p.a.s.*, avril 2005, pp. 2-5 (accessible à l'adresse <http://www.uvw.be/espaces/e-communes/modèles/modèle-882.htm>).

(12) Dans lequel la correspondance est établie sur papier.

(13) Ce qui devra normalement être le cas si l'identité et l'adresse - même professionnelle - du destinataire sont assorties de la mention «personnel».

Le droit d'accès ne pourra, semble-t-il, être dénié au demandeur, que si l'autorité administrative oppose à celui-ci une des exceptions établies par la loi ou – dans le contexte des pouvoirs locaux – par le décret (14). Ainsi, l'intercommunale s'opposera-t-elle éventuellement à la publication d'une telle correspondance, au motif qu'elle porte atteinte à la vie privée (15). De même, tant l'autorité provinciale ou communale que l'intercommunale pourront-elles – au titre des exceptions établies par la loi ou le décret pour des motifs relevant de l'exercice des compétences de l'autorité fédérale, de la Communauté ou de la Région (16) – faire valoir que la production de cette correspondance doit être confrontée aux exigences déduites de la législation relative à la protection des données à caractère personnel ou de la protection qui s'attache aux communications électroniques, en ce qui concerne leur contenu ou les données relatives à leur communication (17).

C. – *Le support de la copie et le mode de communication*

L'étude du droit d'accès aux documents administratifs dans un environnement dématérialisé conduit à s'interroger sur la place que peuvent occuper les nouvelles technologies de l'information et de la communication dans les échanges que l'exercice du droit d'accès fait naître entre le demandeur et l'autorité concernée. Cette question concerne tant le mode de communication sur lequel reposent ces échanges, que le format

de la copie de document demandée, le cas échéant, au titre de ce droit d'accès.

Deux approches peuvent être successivement envisagées, selon que la réflexion porte sur une obligation d'utilisation des moyens électroniques à charge de l'autorité (1.3.1.) ou du demandeur d'accès (1.3.2.).

1. *L'administration est-elle tenue d'utiliser des moyens électroniques ?*

Le droit d'obtenir copie d'un document administratif consiste-t-il en ce que chacun peut choisir la forme et le support de cette copie, ce qui suppose que puisse être demandée une copie sous format électronique ?

Par ailleurs, la demande « écrite » adressée à l'autorité administrative et la réponse donnée par celle-ci (18) peuvent-elles être établies sur des supports (et échangées par des moyens) électroniques ?

La réponse à ces deux questions ne s'impose pas avec la force de l'évidence, et ce, en dépit de l'approche favorable que la Commission d'accès aux documents administratifs paraît avoir consacrée voici quelque temps déjà : dans un avis n° 96/115 du 6 décembre 1996, cette instance a considéré que « dès lors que l'administration dispose de modes de reproduction informatiques, le citoyen pourrait réclamer la copie sur support électronique des documents souhaités » (19) ; un raisonnement similaire paraît être tenu pour ce qui concerne la communication par des moyens électroniques (20).

De ce que le recours aux supports et modes de communication électroniques peut être envisagé, il ne se déduit cependant pas avec certitude que le citoyen peut se prévaloir d'un droit subjectif au bénéfice de l'utilisation de tels moyens. La situation doit être considérée différemment selon que le législateur consacre l'utilisation de moyens électroniques (1.3.1.1.) ou reste muet à ce propos (1.3.1.2.).

(14) Le respect de l'exigence d'intérêt auquel est subordonnée la production d'un document à caractère personnel, ne peut être systématiquement opposé à une demande d'accès à un document rendant compte d'une correspondance – celle-ci fût-elle revêtue d'un caractère privé – dès lors que toute correspondance – quel que soit le contexte, professionnel ou privé, dans lequel elle est établie – ne s'identifie pas à un « document à caractère personnel » : celui-ci s'entend uniquement du « document administratif comportant une appréciation ou un jugement de valeur relatif à une personne physique nommée, désignée ou aisément identifiable, ou la description d'un comportement dont la divulgation peut manifestement causer préjudice à cette personne » (Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation, art. L 3211-3, 3° et L 1561-1, 2°).

(15) Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation, art. L1561-6, al. 3, 1°.

(16) Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation, art. L1561-6 et L3231-3.

(17) Pour une analyse des formes de protection du contenu et des données de communication, voy. D. De Roy et K. Rozen, « Publicité et transparence des marchés publics dématérialisés », *C.D.P.K.*, 2005, pp. 121-123.

(18) Réponse accompagnée, le cas échéant, d'une copie du document.

(19) D. De Roy, C. De Tervaeke et Y. Pouillet, *op. cit.*, n° 20, pp. 316-317.

(20) *Ibid.*

a. *Le législateur consacre l'utilisation de moyens électroniques*

Lorsque les dispositions applicables se réfèrent expressément à l'utilisation de moyens électroniques, tant pour les modalités d'échange avec l'administration que pour la forme dans laquelle la copie doit être délivrée, le bénéfice d'utilisation de tels moyens est évidemment consacré. Ainsi en est-il, par exemple, de l'article 17, §1^{er}, du décret flamand du 26 mars 2004 relatif à la publicité de l'administration (21), aux termes duquel «la demande est présentée par écrit. Par demande écrite, on entend une demande introduite par lettre, par fax, par e-mail ou remise en main propre. La demande indique clairement la matière concernée, et si possible les documents administratifs concernés, la forme dans laquelle l'information est, de préférence, mise à disposition et le nom et l'adresse de correspondance du demandeur» (22).

Ce «droit subjectif» n'est cependant pas reconnu sans réserve, ainsi qu'en témoigne, dans la disposition précitée l'usage de la locution «de préférence»: l'autorité administrative peut ainsi faire valoir que, dans un cas d'espèce, la copie d'un document administratif dans un format électronique n'est pas possible, voire même opportune (23). En revanche, et toujours suivant les termes de cette disposition, le recours aux moyens électroniques pour l'introduction de la demande ne paraît pouvoir être exclu.

Les législations relatives à l'accès du public à l'information environnementale témoignent plus nettement encore du souci d'avoir égard à la forme dans laquelle l'auteur d'une demande d'accès souhaite bénéficier de l'information. Ainsi, l'autorité publique est-elle tenue de communiquer l'information sous la forme ou dans le format particulier précisé par le demandeur; elle n'échappe à cette obligation que dans des exceptions léga-

(21) Mon. b., 1^{er} juillet 2004.

(22) Voy. égal., rédigé en des termes fort proches, l'art. 21, §1^{er}, de la loi du 5 août 2006 relative à l'accès du public à l'information en matière d'environnement (Mon. b., du 28 août 2006).

(23) De même, pourrait-elle soutenir, sur la base des mêmes dispositions, que la communication de la copie d'un document n'est pas envisageable dans un format autre qu'électronique.

lement définies; l'éventuel refus opposé au nom de l'une de ces exceptions doit être motivé et faire l'objet d'une communication au demandeur (24).

S'agissant des pouvoirs locaux wallons, les dispositions pertinentes du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation ne se réfèrent ni aux formats et moyens électroniques, ni au choix de supports et/ou formats d'échanges ou de communication de copies (25).

b. *Le législateur reste muet*

Quelle faculté de choix entre différents formats de copies et modes d'échanges est-elle reconnue au demandeur d'accès lorsque – comme c'est précisément le cas pour les pouvoirs locaux wallons – le législateur est muet à ce propos?

Assimilation des écrits traditionnel et électronique – Argument *pro*. Une première approche autorise à soutenir que la référence à un «écrit» s'entend non seulement de l'écrit traditionnel, mais également de l'écrit électronique. Cette assimilation des formes, supports et modes d'échanges traditionnels et dématérialisés pourrait trouver écho dans la loi du 20 octobre 2000 introduisant l'utilisation de moyens de télécommunication et de la signature électronique dans la procédure judiciaire et extra-judiciaire (26). Par l'effet de cette assimilation, la garantie d'utilisation des moyens électroniques serait

(24) A titre d'exemple, l'article D.16 du Livre 1^{er} du Code (wallon) de l'Environnement, tel qu'il résulte de sa modification par l'art. 2 du Décret du 16 mars 2006 modifiant le Livre 1^{er} du Code de l'Environnement pour ce qui concerne le droit d'accès du public à l'information en matière d'environnement (Mon. b., 6 avril 2006), dispose, en son §1^{er}, que «lorsque le demandeur réclame la mise à disposition d'une information environnementale sous une forme ou dans un format particulier, l'autorité publique communique l'information sous cette forme ou dans ce format, sauf dans les cas suivants :

a. l'information est disponible sous une autre forme ou dans un autre format facilement accessible par le demandeur, ou
b. l'autorité publique est soumise à la disposition du public l'information sous une autre forme ou dans un autre format, auquel cas les motifs de la mise à disposition sous une autre forme ou dans un autre format sont indiqués.

Les motifs de refus de mise à disposition des informations, en partie ou en totalité, sous la forme ou dans le format demandé, sont communiqués dans le délai visé à l'article D.16, §1^{er}, as.

(25) On observera qu'en Région flamande, le décret du 26 mars 2004 prévoit s'appliquer aux pouvoirs locaux, ce qui, partant, plonge ceux-ci dans l'environnement dématérialisé. Voy. à ce propos, Fr. SCHRAM, «Openbaarheid van bestuur in de Vlaamse gemeenten geschied op een Vlaamse leest», *T. Gen.*, 2004, p. 180.

(26) Mon. b., 22 décembre 2000.

acquise en dépit de l'absence de disposition spécifique en ce sens; elle reposerait sur le droit commun de la preuve, qui reconnaît désormais l'équivalence entre l'écrit traditionnel et l'écrit électronique (27).

Assimilation des écrits traditionnel et électronique – Arguments *contra*. Pour séduisant qu'elle paraisse, cette première thèse nous paraît cependant devoir être écartée, dès lors qu'elle n'a pas égard aux différentes fonctions généralement assignées à l'exigence de production d'un écrit: l'équivalence reconnue par la loi du 20 octobre 2000 précitée vise l'écrit comme formalité *ad probationem*. L'obligation d'adresser une demande écrite, qu'imposent les législations relatives au droit d'accès, répond à une autre fonction: elle consiste en une formalité *ad validitatem*, à laquelle un raisonnement déduit du droit de la preuve ne trouve pas à s'appliquer naturellement.

Ce traitement différencié de l'écrit (28), selon les fonctions qui lui sont assignées, nous paraît pleinement confirmé par l'adoption, depuis (et nonobstant) la loi du 20 octobre 2000, de normes qui, pour permettre la dématérialisation des procédures entre l'administration et ses interlocuteurs, tendent précisément à déterminer les conditions et modalités d'une assimilation des écrits traditionnel et électronique. Tel est, notamment, le cas de la dématérialisation des procédures liées à la passation et à l'exécution des marchés publics (29), ou de la définition des conditions d'utilisations de formulaires électroniques dans les relations entre les administrations de la Région wallonne (30) et ses interlocuteurs (31).

Faute d'une assimilation expresse, le demandeur ne peut donc, selon toute vraisemblance, trouver dans les législations

(27) Fr. SCHAM, «Recente ontwikkelingen inzake openbaarheid van bestuur», *Primaire vorming Thema's. Administratief Recht*, Leuven, 2005, n° 36, p. 46.

(28) Au regard de l'assimilation entre moyens traditionnels et électroniques.

(29) Voy. not. l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics, art. 81bis-81ter.

(30) En ce compris les organismes d'intérêt public para-régionaux, mais à l'exclusion des pouvoirs locaux.

(31) Voy. le décret du 14 décembre 2006 relatif à la reconnaissance juridique des formulaires électroniques de la Région wallonne (*Mon. b.*, 27 décembre 2006), et l'arrêté du Gouvernement wallon du 12 juillet 2007 pris en application du décret du 14 décembre 2006 relatif à la reconnaissance juridique des formulaires électroniques de la Région wallonne (*Mon. b.*, 20 août 2007).

concernées la source d'un droit au bénéfice de l'accès, à l'aide de moyens électroniques.

Cette situation ne fait toutefois pas obstacle à ce que l'autorité administrative, sur laquelle ne pèse donc aucune obligation à cet égard, choisisse de réserver une suite favorable à la demande adressée par des moyens électroniques et tendant, le cas échéant, à la communication de la copie électronique d'un document dont elle dispose. Tel sera notamment le cas si cette autorité administrative mentionne les adresses de courrier électronique d'agents et/ou services auprès desquels des informations et/ou documents peuvent être demandés: le domaine des marchés publics offre une illustration intéressante à ce propos, puisque la possibilité d'insérer de telles adresses de courrier électronique (32) est expressément consacrée par les modèles d'avis préables à la passation de marchés; certes, cette possibilité d'utilisation des moyens électroniques pour accéder à des documents administratifs est consacrée par une législation autre que celles relatives au droit d'accès; rien n'exclut, bien évidemment, que la faculté de mentionner des adresses utiles à tout échange électronique fondé sur le droit d'accès soit reconnue aux autorités administratives, quel que soit le domaine concerné par le document qui fait l'objet d'une demande.

Dans pareil cas d'indication, par l'autorité administrative, d'une adresse de courrier électronique, cette autorité ferait preuve d'incohérence en refusant de donner suite à un courrier au motif qu'il a été adressé par voie électronique ou en imputant l'absence de réaction à l'incapacité de ces services et/ou agents à gérer les échanges de courrier électronique. Ainsi qu'on le verra ultérieurement, l'accès à (et les échanges avec) l'administration électronique font naître des préoccupations qui relèvent autant des pratiques de bonne gestion que de la seule dimension juridique des relations entre l'administration et le citoyen (33).

(32) Ainsi que l'adresse URL du pouvoir adjudicateur.

(33) Voy. la deuxième partie de cette contribution.

2. L'administration peut-elle imposer l'utilisation exclusive de moyens électroniques ?

Même si les législations applicables ne permettent pas de répondre directement à cette question, il est peu probable qu'une autorité administrative puisse imposer le recours exclusif aux moyens électroniques dans les échanges auxquels donne lieu l'exercice du droit d'accès aux documents administratifs. Une administration qui n'accepterait de traiter avec son interlocuteur que par le biais des nouvelles technologies de l'information et de la communication dépourverait de sa substance le droit d'accès, ou, à tout le moins, le priverait de son effectivité à l'égard des demandeurs d'accès ne disposant pas des moyens électroniques appropriés. Cette atteinte irait probablement de pair avec une méconnaissance des principes d'égalité et de non-discrimination, dès lors qu'elle ne tiendrait pas compte des inégalités dans l'accès aux moyens électroniques (34).

Cette réponse que nous apportons à la question de l'utilisation exclusive de moyens électroniques nous paraît trouver confirmation dans ces réglementations qui, régissant la dématérialisation de certaines procédures, laissent à l'interlocuteur de l'administration le choix des moyens (traditionnels ou informatiques) à l'aide desquels il traitera avec l'autorité. Tel est, particulièrement le cas des dispositions relatives à la dématérialisation des procédures liées à la passation et à l'exécution des marchés publics (35).

(34) La généralisation de l'utilisation de moyens de communication électroniques dans notre société et l'attention portée à la lutte contre la « fracture numérique » ne privent pas d'intérêt toute mise en garde à l'encontre de pratiques qui, imposant l'usage de moyens difficilement accessibles, porteraient atteinte au droit d'accès : un demandeur d'accès peut disposer d'un ordinateur, d'un accès au réseau et d'une adresse de courrier électronique, mais ne pas pouvoir lire un document que seule l'installation d'un logiciel coûteux permettra de rendre accessible.

(35) D. De Roy, « Vers des marchés publics 'en ligne' ? L'arrêt royal du 18 février 2004 introduisant les moyens électroniques dans la législation relative aux marchés publics », *J.T.*, 2004, p. 754, n° 9.

D. - Demande portant sur un document incluant une œuvre protégée par le droit d'auteur

1. Généralités

L'article L3231-6 du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation dispose, en son premier alinéa, que « lorsque la demande de publicité porte sur un document administratif d'une autorité administrative provinciale ou communale incluant une œuvre protégée par le droit d'auteur, l'autorisation de l'auteur ou de la personne à laquelle les droits de celui-ci ont été transmis n'est pas requise pour autoriser la consultation sur place du document ou pour fournir des explications à son propos ». Le deuxième alinéa traite différemment la communication sous forme de copie d'une œuvre protégée par le droit d'auteur, en disposant qu'elle « n'est permise que moyennant l'autorisation préalable de l'auteur ou de la personne à laquelle les droits ont été transmis ». Le troisième alinéa précise enfin que « dans tous les cas, l'autorité spécifique que l'œuvre est protégée par le droit d'auteur ».

L'article L1561-9 du même code applique aux documents administratifs des intercommunales un système identique.

Ces exigences particulières au respect desquelles la communication de copies est subordonnée trouvent notamment à s'appliquer lorsque la demande d'accès porte sur un logiciel dont dispose l'autorité administrative. Tant les circonstances dans lesquelles le logiciel a été développé que les droits dont l'administration se trouve titulaire à son égard peuvent influencer les conditions de communication d'une copie. Parmi les nombreuses hypothèses qui peuvent être identifiées, trois retiendront ici l'attention : si elles ne rendent pas compte de tous les régimes juridiques d'utilisation d'un logiciel par une administration, elles sont toutefois significatives de situations génériques, à la lumière desquelles d'innombrables cas d'espèce peuvent être examinés.

2. Logiciel développé par des agents de l'administration

Lorsque le logiciel est développé par des agents de l'administration qui l'utilisent, les «droits patrimoniaux» (36) de propriété intellectuelle sur ce logiciel sont présumés cédés à l'administration (37). Telle est la solution qu'impose l'article 3 de la loi du 30 juin 1994 transposant en droit belge la directive européenne du 14 mai 1991 concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur, aux termes duquel «sauf disposition contractuelle ou statutaire contraire, seul l'employeur est présumé cessionnaire des droits patrimoniaux relatifs aux programmes d'ordinateur créés par un ou plusieurs employés ou agents dans l'exercice de leurs fonctions ou d'après les instructions de leur employeur». Dès lors que la communication d'une copie, dans le cadre d'une demande fondée sur les législations relatives au droit d'accès, relève manifestement des droits patrimoniaux sur le logiciel, l'administration dont les agents ont développé le logiciel pourra communiquer une copie de celui-ci dans les conditions précitées des articles L231-6 et L1561-9 du Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation (38).

3. Logiciel développé dans le cadre d'un marché public de services

Lorsque le logiciel est développé par un prestataire dans le cadre d'un marché public de services, il n'y a pas – contrairement à l'hypothèse qui vient d'être examinée – de présomption de cession des droits patrimoniaux de propriété intellectuelle sur ce logiciel. Par ailleurs, la cession n'interviendra que par la voie contractuelle : seule une clause du cahier spécial des charges autorisera un transfert plus ou moins étendu des droits patrimoniaux de propriété intellectuelle au bénéfice du pou-

(36) Lesquels comportent la reproduction permanente ou provisoire, la distribution sous toute forme au public, l'adaptation, l'arrangement, la location et le prêt du logiciel (voy. D. De Roy et A. Van den Perre, *Aspects généraux de la mutualisation informatique dans le secteur public*, Namur, décembre 2007, n° 41 et note 19 (accessible à l'adresse <http://www.crid.be/publications.htm>)).

(37) *Ibid.*

(38) L'autorité sera ainsi tenue de spécifier que l'œuvre est protégée par le droit d'auteur, elle ne devra, en revanche, pas, et pour les raisons inhérentes à l'hypothèse du développement du logiciel par ses propres agents, obtenir l'autorisation préalable de ceux-ci.

voir adjudicateur (39). Selon l'importance du transfert contractuel, il sera ainsi permis à l'administration de faire et de diffuser, pour les besoins d'application des législations relatives au droit d'accès, des copies du logiciel.

On observera, au passage, que l'étendue du transfert des droits de propriété intellectuelle influence le prix du marché : même si les coûts de développement du logiciel sont intégralement pris en charge par le pouvoir adjudicateur, le prestataire de services ne consentira pas nécessairement à céder, sans contrepartie, l'intégralité des droits patrimoniaux de propriété intellectuelle sur un logiciel dont il peut souhaiter maîtriser l'exploitation et la commercialisation ultérieures (40). En l'égard au rapport de force qui s'établira de la sorte entre les parties, le pouvoir adjudicateur ne gagnera pas nécessairement à imposer un transfert de tous les droits patrimoniaux si le seul intérêt s'identifie dans la communication de copies pour répondre au prescrit des législations relatives au droit d'accès.

4. Logiciel utilisé par l'administration en vertu d'une licence

A l'instar de ce qui vient d'être exposé pour l'hypothèse de développement d'un logiciel dans le cadre d'un marché, l'administration qui utilise un logiciel dans le cadre d'une licence d'utilisation (41) ne jouira des droits patrimoniaux y afférents que dans la mesure où les termes de la licence l'y autorisent. Elle gagnera donc, dans les négociations relatives à l'obtention de cette licence, à se ménager une faculté de copie et de diffusion lui permettant de répondre aux obligations que lui imposent les législations relatives au droit d'accès.

II. – LE DROIT D'ACCÈS DANS LE CADRE DE L'ADMINISTRATION ÉLECTRONIQUE ET LES BONNES PRATIQUES ADMINISTRATIVES

Il ne suffit pas de constater que les législations relatives au droit d'accès peuvent s'appliquer aux sphères et pratiques

(39) D. De Roy et A. Van den Perre, *op. cit.*, n° 123 et s.

(40) *Ibid.*

(41) Ce qui, en l'espèce, suppose, que – contrairement à l'hypothèse précédente – le logiciel ait été développé précédemment pour d'autres utilisateurs.

administratives gagnées par l'avènement des nouvelles technologies de l'information et de la communication, ni de s'interroger sur les conditions (spécifiques) dans lesquelles cette application peut intervenir, en droit. Encore faut-il s'assurer de ce que les conditions «effectives» d'accès aux documents administratifs dans un contexte d'*e-Government* soient conformes aux idéaux de simplicité, de rapidité et d'efficacité souvent associés à l'image de ces nouvelles technologies. En ce sens, on rappellera que l'usage de l'informatique, en tant que facteur de modernisation de l'action administrative, est vain s'il ne va de pair avec une réflexion sur la qualité des procédures à la dématérialisation desquelles elle contribue, ou sur les conditions d'une action efficace des pouvoirs publics (42).

Trois exemples, choisis parmi bien d'autres, suggéreront certaines des préoccupations qui – étrangères, à première vue, à l'application des législations relatives au droit d'accès – doivent animer l'autorité administrative, lorsque celle-ci est soucieuse de donner une dimension effective au droit d'accès aux documents administratifs dans un environnement dématérialisé.

A. – *Choix des outils*

Aucune réglementation relative à la dématérialisation des échanges entre l'administration et le citoyen n'impose aux autorités administratives les modalités de choix des outils (logiciels, langages, standards, formats de fichiers...) à l'aide desquels elles peuvent assurer cette dématérialisation. Ce silence trouve aisément explication : la rapidité et la fréquence des évolutions technologiques rendraient immédiatement obsolète toute norme imposant à l'autorité le choix d'une technologie déterminée.

La marge d'initiative ainsi garantie à l'autorité ne dispense pas celle-ci de faire preuve d'un soin particulier dans le choix de ces outils : elle se laissera guider par des préoccupations

tenant à leur pérennité (43) et à leur interopérabilité (44) ; elle veillera également, et surtout, à ce que ces outils soient facilement accessibles et utilisables par le citoyen ; cette dernière préoccupation est désormais exprimée dans certaines réglementations, relatives notamment à la dématérialisation des procédures liées aux marchés publics (45) ou à l'accès du citoyen à l'information environnementale (46). L'absence de telles recommandations dans les législations «généralistes» relatives au droit d'accès ne dispense pas de cette exigence d'accessibilité, l'autorité administrative qui choisit d'admettre le recours aux moyens électroniques dans les échanges avec le citoyen ; du respect de cette exigence, dépend, en effet, l'effectivité d'exercice du droit d'accès.

On relèvera enfin que ces préoccupations ne sont probablement pas étrangères à l'ouverture, voici quelques années, d'un débat sur l'utilisation de logiciels libres par les administrations, dès lors que ceux-ci paraissent afficher les caractéristiques, précédemment rappelées, des outils susceptibles d'être utilisés dans le cadre de l'administration électronique. Quel que soit le degré de contrainte dont les uns et les autres cherchent à assortir l'utilisation de logiciels libres par les pouvoirs publics (47), on retiendra, à tout le moins, que ce débat permet d'attirer l'attention sur la nécessité, pour les administrations,

(43) D'autant plus importante que l'autorité est, par ailleurs, tenue à des obligations d'archivage et que celles-ci portent sur tout type de document, même sur support électronique.

(44) De manière à garantir la possibilité d'exploitation du document électronique dans des systèmes autres que celui qui l'a généré.

(45) L'article 8ter, 9°, de l'arrêté royal du 8 janvier 1996 relatif aux marchés publics de travaux, de fournitures et de services et aux concessions de travaux publics autorise l'utilisation de moyens électroniques dans les relations entre pouvoirs adjudicateurs et opérateurs économiques à la condition que «les outils à utiliser ainsi que leurs caractéristiques techniques, y compris pour le chiffrement éventuel, sont non discriminatoires et sont disponibles pour toutes les personnes intéressées».

(46) L'article D.16, §2, du Code (wallon) de l'Environnement impose aux autorités de conserver «des informations environnementales qu'elle détient ou qui sont détenues pour son compte, sous des formes ou des formats facilement reproductibles et accessibles par des moyens de télécommunication informatique ou autres voies électroniques» (c'est nous qui soulignons).

(47) Pour rappel, plusieurs initiatives parlementaires, qui n'ont toutefois pas abouti à ce jour, tendaient à imposer aux administrations l'usage exclusif de logiciels libres. Voy., à ce propos, D. De Roy, «L'irruption du logiciel libre dans le secteur public. A la découverte d'une actualité fort ancienne», *Les logiciels libres face au droit*, Bruxelles, 2005, pp. 194-195, note 483 et réf. (*Cahiers du CRID*, n° 25).

(42) A cet égard, une information intéressante sur les pratiques des pouvoirs locaux dans la mise en œuvre des nouvelles technologies de l'information et de la communication est offerte par le récent rapport de l'AGENCE WALLONNE DES TÉLÉCOMMUNICATIONS, *Rapport d'analyse des sites Web et des pages Tic 2006 des communes wallonnes*, octobre 2007, disponible à l'adresse <http://pouvoirlocaux.wallonie.be/jahia/>.

de choisir des modes de gestion de leurs moyens électroniques, appropriés à une administration électronique efficace.

B. - *Utilisation rationnelle des modes de diffusion de l'information*

La simplification des échanges entre l'administration et le citoyen, que laisse augurer le recours aux moyens électroniques, et l'allègement des charges administratives liées à ces échanges, ne peuvent être garantis à défaut de la promotion de bonnes pratiques administratives. Ce constat général trouve quelques illustrations intéressantes dans le cadre des procédures liées à l'accès aux documents administratifs. Deux exemples retiendront l'attention.

1. *Promotion de la publicité active*

Si les obligations que les législations relatives au droit d'accès font peser sur les autorités administratives en matière de publicité active sont relativement limitées, rien n'exclut qu'en certaines circonstances, l'administration privilégie ce mode de diffusion de l'information, lorsqu'il lui permettra de faire l'économie de charges - parfois fastidieuses - qui lui incomberaient normalement au titre de ses obligations en matière de publicité passive. Ainsi, l'autorité administrative gagnera-t-elle à assurer *motu proprio* la diffusion d'un document dont elle a de sérieuses raisons de croire qu'il fera l'objet de nombreuses demandes individuelles. Tel sera, par exemple, le cas dans les domaines de l'environnement, de l'aménagement du territoire ou de l'urbanisme (48), ou dans celui des marchés publics (49).

Certes, le choix de la publicité active qui permet de faire l'économie du traitement d'un nombre élevé de demandes d'accès individuelles relève-t-il d'un bon sens étranger à l'usage des nouvelles technologies de l'information et de la

communication. Cela étant, l'impact d'une initiative prise en ce sens par l'autorité administrative sera d'autant plus important dans un environnement dématérialisé, où Internet constitue un vecteur de diffusion de l'information au rayonnement illimité et, pour cette raison, sert, mieux que tout autre moyen, l'idéal de transparence de l'administration.

2. *Choix des adresses de courrier électronique*

Les échanges fondés sur l'accès aux documents administratifs révèlent certaines des exigences liées à l'utilisation des adresses de courrier électronique par les agents ou services de l'autorité administrative. Qu'elle soit annoncée - au titre des obligations en matière de publicité active - dans une correspondance émanant de l'autorité administrative, ou par des canaux d'information plus largement accessibles (page WEB, par exemple), l'adresse de l'agent ou du service auprès duquel un document administratif peut être obtenu, sera choisie en fonction tant du document concerné que des conditions dans lesquelles il peut être diffusé.

Si la demande d'accès porte sur un document relevant d'un dossier en cours de traitement et dont l'agent traitant est précisément identifié, il sera évidemment recommandé d'utiliser l'adresse de cet agent pour les échanges fondés sur une demande d'accès au document. Il en ira de même, lorsque - pour des raisons de confidentialité, par exemple - le document demandé ne peut être diffusé indifféremment par l'ensemble des membres d'un département de l'administration concernée. Dans ces deux cas, il sera plus efficace de traiter directement avec la personne qui, à raison de ses fonctions, détient le document : l'itinéraire suivi par la demande sera naturellement plus court et moins hasardeux. Ce *modus operandi* sera préconisé, même lorsque l'agent dont l'adresse de courrier électronique est utilisée, ne dispose, par ailleurs, pas du pouvoir de statuer sur la demande d'accès : à tout le moins, pourra-t-il initier le traitement de cette demande et offrir à l'autorité compétente pour statuer les éléments d'information utiles à cette décision. On relèvera, par ailleurs, que l'utilisation

(48) Les riverains peuvent souhaiter accéder à des documents relatifs à des projets ayant une incidence sur leur cadre de vie.

(49) Plusieurs candidats peuvent solliciter la production du cahier spécial des charges. Il y a d'ailleurs lieu d'observer que les formulaires d'avis de marchés sont conçus pour permettre au pouvoir adjudicateur de mentionner l'adresse U.R.L. à laquelle le cahier spécial des charges peut être obtenu (D. De Roy, et K. Rosier, *op. cit.*, p. 124).

C. - *Gestion des contrats et marchés informatiques et maîtrise des compétences*

Le droit d'accès à un document administratif consiste notamment en ce que chacun peut obtenir des explications à son sujet (54). Dès lors qu'un logiciel détenu par l'administration peut être considéré comme un document administratif au sens des législations relatives au droit d'accès, il se conçoit qu'un administré souhaite être informé des modalités de fonctionnement de ce logiciel et interroge à cette fin l'autorité administrative qui le détient.

L'autorité administrative ne sera en mesure de communiquer les explications demandées que pour autant qu'elle dispose, au sein de ses services, d'agents qui connaissent suffisamment le logiciel. Cette connaissance doit porter non seulement sur les fonctionnalités du logiciel, mais également sur ses composantes et son code-source (55). Différentes situations peuvent être rencontrées.

Si l'administration a fait développer le logiciel par ses propres agents, la situation paraît, à première vue, relativement simple, à tout le moins aussi longtemps que ceux-ci restent à son service : ils peuvent fournir les explications sollicitées. Elle sera plus délicate si le développeur a quitté l'administration ou n'est plus en mesure d'expliquer le fonctionnement du logiciel (56). Pour prévenir les risques inhérents à ces aléas et, plus généralement, éviter une dépendance éventuellement préjudiciable à l'égard du (des) développeur(s), l'autorité administrative veillera lors - et à la suite - du développement, à ce que plusieurs de ses agents disposent des compétences requises pour maîtriser le fonctionnement du logiciel et communiquer

(54) Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation, art. L3231-1 (autorités communales et provinciales) et L1561-4 (intercommunales).

(55) L'exemple des logiciels de vote électronique est intéressant, la loi l'observation de leurs composants devrait permettre - à tout le moins, peut-on le supposer - d'évaluer leur fiabilité au regard de l'exigence de secret qui caractérise les opérations de vote.

(56) Parce que ses activités ne lui laissent plus la disponibilité suffisante ou parce qu'il n'a pas suivi les adaptations dont le logiciel a fait l'objet depuis le début de son exploitation.

de l'adresse « personnelle » (50) d'un agent ne peut compromettre le respect des exigences qu'imposent les principes de permanence des institutions et de continuité du service public. Ainsi, une demande d'accès ne pourrait-elle être laissée - même provisoirement - sans suite, au seul motif qu'elle a été adressée à l'autorité administrative par le biais de l'adresse d'un des agents de celle-ci, absent pour une période plus ou moins importante ; telle situation doit d'autant plus être évitée que l'écoulement du délai ouvert par l'introduction de la demande produit certains effets (51). Le risque d'un tel inconvénient doit être prévenu par l'adoption de mesures appropriées (52), tel l'envoi automatique d'une réponse permettant au demandeur d'accès d'identifier l'agent désigné pour suppléer à l'absence de son collègue.

Lorsque le document sur lequel est susceptible de porter une demande d'accès ne relève ou ne doit pas relever de la maîtrise exclusive - ou, à tout le moins, déterminante - d'un seul agent de l'administration concernée, il peut être suggéré de recourir à des adresses plus générales, liées à un département, un service ou un objet particulier (53) et auxquelles peuvent accéder plusieurs agents, ceux-ci étant tous en mesure de traiter la demande. L'utilisation de tels canaux d'échanges, moins individualisés, permet d'obvier aux inconvénients que peut susciter l'absence d'un agent ; elle requiert cependant une gestion rigoureuse du courrier réceptionné sous cette adresse, pour éviter que - faute d'un sens suffisant de la responsabilité de chaque agent concerné, à l'égard d'une adresse commune - le traitement des demandes d'accès s'en trouve compromis. Des procédures internes appropriées seront définies à cette fin.

(50) S'entendant de l'adresse attribuée par l'administration à son agent pour l'exercice de ses fonctions, et non de son adresse privée.

(51) On rappellera notamment qu'en cas d'absence de communication du document dans le délai prescrit, la demande est réputée avoir été rejetée (Code wallon de la démocratie locale et de la décentralisation, art. L3231-4 et L1561-6).

(52) Voy., par exemple, les mesures suggérées par l'UNION DES VILLES ET COMMUNES DE WALLONIE, *Directives relatives à l'utilisation des moyens de communication électronique en réseau au sein de la commune ou du c.p.a.s.*, avril 2005, p. 5 (accessible à l'adresse <http://www.uvw.be/espaces/communes/modèles/modèle-882.htm>).

(53) L'adresse correspondant, par exemple, aux références du cahier spécial des charges dans le cadre d'un marché public pour lequel des documents peuvent être demandés.

— en réponse à une demande adressée à cette fin — toute information y relative (57).

Si l'administration fait développer le logiciel par prestataire tiers, dans le cadre d'un marché public de services, elle veillera utilement à ce que l'objet du marché comporte, outre le développement du logiciel, des prestations accessoires, telle la formation de ses agents, pour permettre à ceux-ci, non seulement l'utilisation du logiciel, mais également une maîtrise élémentaire de ses caractéristiques techniques, sans laquelle aucune explication ne pourrait être fournie dans le cadre d'une demande introduite sur la base des législations relatives au droit d'accès. Cette formation «approfondie» ne doit évidemment pas s'adresser à l'ensemble des utilisateurs du logiciel, mais à ceux d'entre eux-ci qui, le cas échéant, seront appelés à intervenir pour répondre à une demande d'explications. Ici encore, et pour prévenir tout risque inhérent à une dépendance trop étroite à l'égard d'un seul agent, l'administration veillera — pour autant que ses ressources humaines le permettent — à ce que plusieurs agents bénéficient de cette formation.

Enfin, si l'administration qui fait développer le logiciel par un tiers, ne dispose pas d'agents susceptibles de répondre à toute demande d'explication relative au logiciel, il lui est loisible d'imposer au prestataire, toujours au titre de tâches accessoires visées par le cahier spécial des charges du marché, l'obligation de répondre à pareille demande fondée sur les législations relatives au droit d'accès; elle devra alors s'assurer de la disponibilité du prestataire durant une période suffisante (58). Cette manière de procéder n'est sans doute com-

(57) Il y a lieu d'observer que cette nécessaire maîtrise des compétences relatives au fonctionnement du logiciel n'a pas uniquement vocation à servir le respect des exigences qu'imposent les législations relatives à l'accès aux documents administratifs: elle rencontrera également d'autres préoccupations communes à l'utilisation «ordinaires» de tout logiciel, telles les nécessaires adaptations dont celui-ci doit faire l'objet au titre des maintenances évolutives, correctives ou réglementaires. On relèvera, par ailleurs, que la formation d'agents ne constitue pas la seule précaution utile: l'autorité administrative veillera éventuellement à (faire) vérifier (par un tiers) la qualité du code-source du logiciel développé par ses agents, de manière à s'assurer de ce qu'en cas de besoin, il soit possible à un tiers, prestataire de services, d'assurer le suivi d'exploitation et l'évolution du logiciel. Sur les différentes précautions que l'autorité administrative doit prendre pour s'assurer une maîtrise suffisante des logiciels qu'elle détient, voy. D. DE ROY et A. VAN DER PARE, *op. cit.*, n° 45-50.

(58) Correspondant, à tout le moins, à la durée d'exploitation du logiciel.

mode ni pour le pouvoir adjudicateur, ni pour l'opérateur économique, dès lors que la probabilité d'interventions au titre de cette tâche ne pourra pas être déterminée utilement lors de la mise en concurrence préalable à l'attribution du marché et que le calcul des montants proposés par les candidats et soumis-sionnaires pour de telles prestations se révélera particulièrement aléatoire.

Face aux difficultés que peut ainsi causer à l'administration l'insuffisance de ressources humaines, d'une part, et face à la réponse insatisfaisante que représenterait l'intervention d'un prestataire, d'autre part, le recours aux pratiques de mutualisation peut constituer une solution intéressante, là où plusieurs administrations bénéficieraient des services communs de l'un ou l'autre agent (59).

(59) Voy., à ce propos, D. DE ROY et A. VAN DER PARE, *op. cit.*, n° 6.